

Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes

*Astrid Epiney/Robert Mosters**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Robert Mosters, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'UE: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg. / éd.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz / Interprétation et application des „traités d'intégration“. De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse, Zürich 2006, S. 57-74. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Introduction

L'Accord sur la libre circulation des personnes (cité ci-dessous "ALCP")¹ fait partie des sept² accords dits « bilatéraux » entre la Suisse et la Communauté européenne ainsi que – pour l'ALCP – ses Etats membres. Ces accords ont été signés le 21 juin 1999 et sont entrés en vigueur le 1er juin 2002. L'objectif de l'accord est clairement d'intégrer la Suisse – pour les domaines couverts par l'accord – dans le système communautaire de la libre circulation des personnes. La portée des principes régissant la libre circulation des personnes dans le droit communautaire étant largement déterminée par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), la question de savoir selon quels principes interpréter l'accord sur la libre circulation des personnes est d'une importance majeure. La présente contribution vise à contribuer à ce débat (III.), ceci sur la base d'un bref rappel du contenu de l'accord sur la libre circulation des personnes (II.). Nous concluons avec quelques réflexions sur le caractère de l'ALCP comme « traité d'intégration » (IV.).

II. L'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) – un aperçu des dispositions matérielles

* La présente contribution repose en partie sur les réflexions développées dans *Astrid Epiney, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens*, ZBJV 2005, 1 ff.

¹ Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, FF 1999, 6319 ss; JOCE n° L 114 du 30.4.2002, p. 6 ss.

² Les autres accords concernent les domaines suivants : la recherche, les obstacles techniques au marché, les produits agricoles, les marchés publics, les transports terrestres et les transports aériens. Pour les textes de tous les accords sectoriels voir FF 1999, 5788 ss; JOCE n° L 114 du 30.4.2002, p. 1 ss.

1. Objectifs de l'ALCP

Les objectifs de l'ALCP – qui vise la réalisation de la libre circulation des personnes entre la Suisse et la Communauté européenne "en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne"³ – sont énoncés et précisés à l'art. 1 ALCP. Il s'agit :

- a) d'accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, ainsi qu'un droit d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes;
- b) de faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes, en particulier libéraliser la prestation de services de courte durée;
- c) d'accorder un droit d'entrée et de séjour, sur le territoire des parties contractantes, aux personnes sans activité économique dans le pays d'accueil;
- d) d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles octroyées aux nationaux.

En suivant les objectifs énoncés au litéras a) et d), l'ALCP étend en fait la libre circulation des travailleurs (art. 39 ss. TCE) et des indépendants (art. 43 ss. TCE) à la Suisse et ses ressortissants. De plus, aussi les personnes sans activités lucratives bénéficient de la libre circulation, selon des modalités parallèles que dans le droit dérivé pertinent. Par contre, la libre circulation des services n'est « reprise » que de manière partielle en ce qui concerne les prestations de services de courte durée.

Bénéficient de l'ALCP en principe seulement les ressortissants suisse et européens (donc des Etats membres, l'extension aux nouveaux Etats membres n'ayant pas encore été conclue) ; les ressortissants d'Etats tiers peuvent toutefois tomber dans le champ d'application de l'accord en tant que membres de famille ou travailleurs détachés (cf. p. ex. art. 1, 3 annexe 1)⁴.

2. Contenu et structure de l'ALCP – un aperçu

L'accord sur la libre circulation des personnes contient un texte principal relativement court de 25 articles et trois annexes détaillées⁵.

³ Préambule de l'Accord.

⁴ Quant à l'extension de l'ALCP aux pays de l'AELE cf. l'accord sur la modification de l'accord AELE, FF 2001, 5028 ss.

⁵ Cf. par rapport à l'ALCP *Dieter W. Grossen/Claire de Palézieux*, Abkommen über die Freizügigkeit, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EG*, 2002, 87 ff.; *Edgar Imhof*, Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die soziale Sicherheit, *SZS/RSAS* 2000, 22 ff.; *Steve Peers*, The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: overview and Analysis, *European Journal of Migration and Law* 2000, 127 ff.; *Olivier Mach*, Les accords bilatéraux avec la CE: opportunité et défi pour le juriste suisse, *SJ* 2002, 325 (331 ff.); *Matthias Kilian*, Das Abkommen über den freien Personenverkehr zwischen der Europäischen Union und der Schweiz. Neue Betätigungsmöglichkeiten für Europas Rechtsanwälte, *ZEuP* 2000, 601 ff.; *Walter Kälin*, Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, *ZAR* 2002, 123 ff.; *Martin Nyffenegger*, Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens unter besonderer Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts*, 2001, 79 ff.; *Walter Kälin*, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), *Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG*, 2002, 11 ff.

- Dans le texte principal figurent les objectifs de l'ALCP, un certain nombre de principes et de droits de base (tel que l'interdiction de discrimination figurant à l'art. 2), quelques dispositions générales (telle que l'introduction par étapes de la libre circulation des personnes, art. 10) ainsi que les dispositions transitoires, institutionnelles et finales.
- L'annexe I contient les dispositions matérielles détaillées concernant la libre circulation des personnes. A ce sujet, il convient de distinguer la libre circulation des travailleurs, des indépendants et des services (cette dernière n'étant garantie que de manière limitée) de la libre circulation des personnes sans activité lucrative et des membres de la famille. Les dispositions de l'annexe reprennent pour l'essentiel les dispositions des actes de droit dérivé pertinents.

Ces droits peuvent être résumés de la manière suivante (art. 7 ALCP et annexe I):

- L'art. 2 ALCP formule une interdiction générale de discriminations avec effet direct dans le champ d'application de l'Accord. L'Accord édicte en outre, en divers points, des obligations spéciales d'égalité de traitement ; ainsi en est-il par exemple de l'article 9 de l'annexe I, qui concerne, entre autres, l'accès à l'emploi, la rémunération et d'autres conditions de travail⁶, les avantages fiscaux et sociaux⁷ ou encore l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail.
- Les travailleurs salariés ou indépendants jouissent de la mobilité professionnelle et géographique sur le territoire de l'Etat d'accueil.
- Est également garanti le droit de demeurer sur le territoire du pays d'accueil après la fin d'une activité économique.
- Le droit de séjour des membres de la famille est assuré conformément aux principes régissant cette question en droit communautaire, de même le droit d'exercer une activité lucrative pour les membres de la famille, quelle que soit leur nationalité (Art. 3 § 5 de l'annexe I. Cf. les art. 10 et 11 du règlement 1612/68). En outre, les membres de la famille peuvent prétendre à l'égalité de traitement quant aux conditions de travail, aux avantages sociaux et fiscaux. Sont considérés comme membres de la famille (comme en droit communautaire d'ailleurs), les descendants et les ascendants ; par contre, pour les étudiants, seulement l'époux(se) et les enfants à charge (art. 3 § 2 de l'annexe I).
- Conformément aux directives communautaires sur le droit de séjour, à savoir les directives 90/364⁸ (droit de séjour en général), 90/365⁹ (rentiers) et 93/96¹⁰ (étudiants), les personnes sans activité lucrative jouissent aussi d'un droit de séjour, lorsqu'ils peuvent prouver qu'ils bénéficient d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques et de moyens financiers suffisants (art. 24 de l'annexe I).
- Est enfin à mentionner le droit d'acquérir des immeubles. D'après l'article 25 de l'annexe I, les ressortissants communautaires résidents en Suisse (et de même pour les Suisses résidents dans la CE) ont le droit d'acquérir des biens immobiliers sans qu'une limitation puisse être posée et sans qu'une autorisation puisse être exigée. Les citoyens de l'Union non domiciliés en Suisse jouissent par contre de l'égalité de traitement uniquement pour les immeubles servant à leur activité lucrative, les travailleurs frontaliers aussi pour l'achat d'une résidence secondaire. En outre, la Suisse peut continuer d'exiger que les ressortissants communautaires non domiciliés en Suisse aient besoin d'une autorisation pour l'acquisition de résidences secondaires et d'appartements de

⁶ Cf. art. 39 TCE et le règlement 1612/68, JOCE 1968, n° L 257, p. 1.

⁷ Cf. art. 7 § 2 du règlement 1612/68 qui concrétise l'interdiction de discrimination selon l'art. 39 § 2 TCE. Sur les répercussions du traitement national en droit fiscal voir *Pascal Hinny*, Die bilateralen Verträge und ihre Auswirkungen auf unser Steuerrecht: Sind Pauschalbesteuerung und Quellensteuer weiterhin zulässig?, *Der Schweizer Treuhänder* 2000, p. 1147 ss; *idem*, Impact on Swiss Tax Law of the Non-Discrimination Requirement in the EC-Swiss Bilateral Agreements, *European Taxation (ET)* 2001, p. 423 ss.; *Jean-Marc Rivier*, L'égalité devant l'impôt des travailleurs suisses et étrangers, *Archives de droit fiscal suisse* 2002, 97 ss.

⁸ JOCE 1990 n° L 180, p. 26.

⁹ JOCE 1990 n° L 180, p. 28.

¹⁰ JOCE 1993 n° L 317, p. 59. Le droit de séjour des citoyens européens est maintenant réglée par la Directive 2004/38 (JO 158/2004, 77) qui remplacera nombre de dispositions de droit dérivé actuel.

vacances, pour l'achat de biens immobiliers à des fins d'investissements et pour le commerce d'immeubles.

- Les annexes II et III sont consacrés à des sujets plus spécifiques et techniques (coordination des systèmes de sécurité sociale et reconnaissance mutuelle des diplômes). Ces annexes renvoient aux actes de droit dérivé communautaire pertinents, et la Suisse s'engage à introduire et maintenir une législation équivalente. Ainsi, en fait, les mêmes règles seront appliquées dans les relations avec la Suisse qu'à l'intérieur de la CE.

Dès lors, c'est essentiellement dans le cadre de ces annexes II et III que la référence à des textes communautaires est faite, tandis que le texte principal et l'annexe I de l'ALCP formulent eux-mêmes les droits et obligations des parties contractantes voire des particuliers.

A cela, il faut encore ajouter trois protocoles faisant partie intégrante de l'Accord¹¹, et aussi un acte final composé de déclarations communes et unilatérales des parties, ces déclarations devant être prises en considération lors de l'interprétation de l'Accord¹².

III. Quant aux principes régissant l'interprétation de l'ALCP

Comme les remarques précédentes ont démontrées, l'ALCP est – à l'instar des autres accords bilatéraux – fondé sur l'idée que la Suisse adhère dans une certaine mesure et dans les domaines concernés à l'ordre juridique en vigueur dans la CE. Pourtant, et contrairement à l'accord sur l'Espace Economique Européen, les accords – à l'exception de l'Accord sur le transport aérien – ne reprennent pas telles quelles les dispositions du traité CE et ne prévoient pas de « reprise » du droit communautaire ultérieur à la signature mais contiennent une obligation pour la Suisse d'assurer une équivalence des législations et de respecter la jurisprudence pertinente de la CJCE (art. 16 ALCP). Ce système tient compte de la volonté des Parties Contractantes – en particulier de la Suisse – de maintenir leur autonomie de décision. Dès lors, les accords essaient de concilier deux approches quelque peu antinomiques : d'une part une intégration dans le système juridique communautaire, d'autre part le maintien d'une autonomie de décision des Parties Contractantes et, partant, une réglementation autonome (par rapport au droit communautaire) des différentes questions touchées par l'Accord.

Il n'est donc guère surprenant que la question de savoir dans quelle mesure un parallélisme entre le droit communautaire et les obligations découlant de l'accord pour la Suisse peut effectivement être déduite de l'accord, resp. garantie dans l'avenir, compte parmi les problèmes les plus difficiles soulevés par l'accord. Nous essayerons ci-après de mettre en évidence ces questions et d'esquisser quelques pistes de réflexion. Se faisant, nous partons

¹¹ Art. 15 de l'Accord.

¹² Cf. art. 31 § 2 lit. a et b de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, RS 0.111.

d'abord des principes (1.) pour ensuite les illustrer à l'aide de deux exemples (2.) avant de nous pencher plus particulièrement sur le développement de la jurisprudence et du droit (3.).

1. Principe

L'accord sur la libre circulation des personnes étant un traité de droit international public, il conviendra dès lors de l'interpréter selon les règles du droit international public¹³. Il en ressort que l'accord „doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but“¹⁴. Comme l'Accord relève du droit international public et comme il a une finalité toute autre que celle du TCE et TUE, il n'est pas possible de reprendre tel quel, dans l'Accord, l'interprétation du droit communautaire (mise en oeuvre par la CJCE) d'après le principe de „l'effet utile“. Effectivement, cette interprétation repose sur une conception d'intégration communautaire et favorise de ce fait la libre circulation.

Cependant, il convient de respecter l'art. 16 § 2 ALCP qui prévoit un renvoi statique à la jurisprudence de la CJCE¹⁵. De plus, selon le préambule, la libre circulation des personnes doit être réalisée „en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne“ et les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la CE doivent trouver application¹⁶. De l'ensemble de ces dispositions, nous pouvons déduire que l'objectif de l'ALCP consiste précisément à garantir un cadre juridique parallèle en ce qui concerne les domaines couverts par le traité. Partant, les dispositions de l'ALCP qui « reprennent » des garanties et des droits communautaires doivent en principe être interprétées parallèlement au droit communautaire, ceci non pas en vertu des principes de droit communautaire (« effet utile ») mais au regard des objectifs de l'ALCP en accord avec les art. 31 ss. de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Toute la question est alors de savoir – dans chaque cas précis – dans quelle mesure l'ALCP contient effectivement des garanties équivalentes au Traité CE, une question qui est avant tout soulevée par rapport aux droits garantis dans le texte principal de l'ALCP et dans l'annexe I. Dans tous les cas, nous pouvons affirmer que, dans le doute, les notions de l'ALCP sont à interpréter de manière parallèle aux notions de droit communautaire, étant donné l'objectif du « parallélisme des droits » mentionné. Dès lors, une interprétation différente, n'est en principe possible que dans les cas où une telle différence sorte clairement des dispositions de l'accord.

¹³ Voir notamment les art. 31-33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui sont applicables à l'accord en tant que règles du droit international public coutumier.

¹⁴ Art. 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁵ Cf. encore ci-dessous III.3.

¹⁶ Art. 16 § 1 de l'Accord.

2. Deux exemples

L'accord sur la libre circulation des personnes ne reprend pas telles quelles les dispositions du Traité CE relatives à la libre circulation des personnes (travailleurs salariés et indépendants), à savoir les art. 39 ss., 43 ss., 49 ss. CE, mais il introduit un système de réglementation propre. Ceci soulève la question de savoir dans quelle mesure l'accord fait effectivement référence aux notions communautaires. Parfois, la réponse (négative) à cette question paraît claire, p.e.x en ce qui concerne la limitation à 90 jours de travail sur le territoire des autres Parties Contractantes pour les prestataires de service (art. 17 annexe I ALCP) ; dans d'autres domaines par contre, il ne ressort pas explicitement de l'accord si oui ou non un certain concept du droit communautaire est repris par l'accord.

a) L'interdiction d'entraves

Un exemple important concerne la question de savoir si la libre circulation dans les domaines couverts par l'accord implique, au-delà de l'interdiction de discriminations, aussi une interdiction d'entraves. Les entraves concernent des mesures non-discriminatoires, qui déploient un effet négatif sur la libre circulation. Peuvent être cités par exemple les systèmes d'autorisations pour l'exercice de certaines professions.

La notion d'entrave a été développée par la CJCE d'abord par rapport à la libre circulation des biens et des services et a été peu à peu étendue à la libre circulation des travailleurs et des indépendants. Dès lors, on peut aujourd'hui partir de l'idée que les art. 28 ss., 39 ss., 43 ss., 49 ss. CE doivent être interprétés dans ce sens que leur champ d'application couvre aussi bien les discriminations que les entraves. Ceci ne signifie toutefois pas que les mesures non-discriminatoires entravant la liberté en question soient non-conformes aux exigences du droit communautaire, étant donné qu'une justification est possible à la condition qu'une exigence impérative puisse être invoquée et que le principe de proportionnalité soit respecté.¹⁷

Ces principes ont été développés sur la base de la formulation des art. 39 ss., 43 ss., 49 ss. CE. Comme l'accord ne reprend pas ces articles tels quels¹⁸, la question se pose de savoir si les articles relatifs à la libre circulation des travailleurs, des indépendants et des services contiennent aussi une interdiction d'entraves. Les conséquences pratiques de la réponse à cette question sont considérables, étant donné qu'en cas d'interdiction d'entraves une partie non-négligeable de l'ordre juridique suisse relatif à ces questions serait touchée.

¹⁷ Cf. par rapport à ces principes les contributions dans : *Dirk Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2002.

¹⁸ Et même s'il les avait repris, la question d'une interprétation parallèle se serait posée, comme dans le cas de l'accord de libre échange entre la CE et la Suisse (cf. ATF 105 II 60 ; ATF 112 Ib 189), étant donné que des dispositions législatives doivent en principe aussi être interprétées à la lumière de leur contexte et des caractéristiques de la réglementation en question. Cf. déjà ci-dessus III.1.

Le point de départ de nos réflexions à ce sujet doit nécessairement être le libellé des dispositions de l'accord. Celles-ci font en premier lieu allusion à l'interdiction de discrimination, comme il a déjà en partie été mentionné plus haut:

- l'art. 2 ALCP consacre de manière générale le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.
- L'art. 7 ALCP concerne un certain nombre de droits liés à la libre circulation des personnes et fait également en premier lieu allusion à la notion de non-discrimination (cf. avant tout ch. a).
- Plus spécifiquement, différents articles dans l'annexe I mentionnent une interdiction de discrimination : l'art. 9 contient un catalogue de droits dont doit bénéficier le travailleur (de même que, le cas échéant, les membres concernés de sa famille) au même titre que les travailleurs nationaux, et l'art. 15 § 2 renvoie à cette disposition pour les indépendants, tandis que l'art. 15 § 1 confère aux indépendants le droit d'accès aux professions indépendantes au même titre que les nationaux. Finalement, l'art. 19 assure la garantie du principe de non-discrimination aux prestataires de service.

Quelques dispositions de l'accord confèrent toutefois aux bénéficiaires des différentes libertés des droits allant au-delà d'une (simple) interdiction de discrimination. A cet égard, on peut mentionner avant tout les dispositions garantissant une mobilité professionnelle et géographique (Art. 7 ch. b) ALCP, art. 8, 14 annexe I).

Dans l'ensemble, la réglementation de l'accord relative à la libre circulation des personnes diffère quelque peu de celle du Traité CE : l'accord contient dans certains domaines une interdiction de discrimination ; dans d'autres domaines particuliers, il prévoit des droits allant au-delà de ce principe. Contrairement au Traité CE, l'accord ne contient pas de règle générale interdisant les entraves concrétisée par la suite, à titre d'exemple, par une interdiction de discrimination et la formulation de certains droits précis.

L'on pourrait être, à première vue, être amené à en déduire que l'accord ne veuille pas reprendre le système des libertés tel que le consacre le Traité CE mais qu'il se limite – au-delà de l'interdiction générale de discrimination – à garantir certains droits précis. Ainsi, la jurisprudence relative à l'interdiction des entraves ne trouverait pas application dans le cadre de l'accord et ne serait pas couvert par l'art. 16 § 2 ALCP, d'après lequel il est tenu compte de la jurisprudence de la CJCE lorsque l'application de l'accord implique des notions de droit communautaire. Pour ce point de vue, l'on pourrait en outre avancer que cette approche semble s'intégrer dans la philosophie des accords bilatéraux qui ne visent justement pas une « intégration totale » de la Suisse dans le marché intérieur ; de ce point de vue, le principe de non-discrimination pourrait être considéré comme la base, tandis que l'interdiction d'entraves serait un « surplus » propre à une intégration plus ambitieuse telle qu'entreprise au sein de la CE.

Toutefois, cette conclusion paraît quelque peu hâtive et néglige, à notre sens, les objectifs de l'Accord : comme démontré plus haut, l'Accord vise justement de garantir, dans les domaines tombant dans son champ d'application, un régime juridique parallèle. En ce qui concerne la libre circulation des travailleurs salariés et indépendants, les Parties Contractantes ont voulu, à l'évidence, étendre le régime applicable en droit communautaire aux relations avec la Suisse. Puisque le régime communautaire consacre – au-delà de l'interdiction de discrimination – une interdiction générale d'entraves, l'objectif explicitement formulé dans l'Accord de garantir un régime parallèle¹⁹, ne saurait être atteint sans l'application de cette interdiction d'entraves également dans les relations avec la Suisse. En d'autres termes, les objectifs de l'Accord pourraient être mis en péril sans l'application de l'interdiction d'entraves aussi dans les relations avec la Suisse. Dès lors, l'on ne devrait s'écarter – en ce qui concerne le contenu de la libre circulation des personnes – du droit communautaire que dans la mesure que des différences ressortent clairement de l'Accord. Partant, le fait que l'Accord ne consacre pas explicitement les mêmes droits et n'utilise pas les mêmes formulations que dans le cadre du Traité CE, ne saurait être déterminant ; ces différences s'expliquent alors plutôt par une technique législative imposée par les caractéristiques de l'Accord. Ainsi, la « reprise » des garanties de la libre circulation des travailleurs salariés et indépendants se réfère – à l'exclusion des exceptions expressément prévues dans le domaine de la prestation de services – aux notions de droit communautaire au sens de l'art. 16 § 2 de l'Accord, de sorte que les concepts communautaires, y compris celui de l'interdiction d'entraves, trouvent application au sein de l'Accord.

Il est regrettable que le Tribunal Fédéral – dans un arrêt concernant la licéité de l'ouverture de nouveaux cabinets médicaux²⁰ – n'a pas saisi l'occasion de se pencher sur la question si l'ALCP contient aussi une interdiction d'entrave ; en ce cas-là, la mesure aurait dû être examinée à la lumière de l'ALCP et la justification aurait dû être analysée. Le TF s'est contenté de prendre en compte l'interdiction de discrimination tout en niant une discrimination (matérielle) pour des raisons pas entièrement convaincantes, vu la procédure d'admission exigée pour les médecins en provenance de l'UE.

b) Le champ d'application de l'interdiction de discrimination (art. 2 ALCP)

L'art 2 ALCP consacre une interdiction de discrimination « dans l'application et conformément aux annexes I, II et III » de l'Accord. Cette disposition s'est visiblement inspirée par l'art. 12 Traité CE de sorte que la question se pose de savoir dans quelle mesure la jurisprudence y relative est également pertinente dans le cadre de l'ALCP. Cette question se pose surtout par rapport au champ d'application de l'interdiction de discrimination, qui a été

¹⁹ Cf. l'art 16 § 1 de l'Accord : « Pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalent à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations. »

²⁰ BTF, arrêt 2P.305/2002, arrêt du 27 novembre 2003.

considérablement étendu dans la jurisprudence de la CJCE²¹. Ainsi, tombent dans le champ d'application du Traité CE – entre autres – toutes les réglementations qui influencent l'exercice des libertés fondamentales (y compris alors la libre circulation des personnes). De surplus, la CJCE déduit de la citoyenneté européenne – qui consacre un droit de séjour sur le territoire de tous les Etats membres – que les réglementations nationales déployant une influence sur les conditions de séjour – telles que certaines prestations sociales – tombent dans le champ d'application du Traité CE de sorte qu'une distinction entre nationaux et étrangers est interdite.

Si l'on essaie de déterminer alors la jurisprudence pertinente au sens de l'art. 16 § 2 ALCP, il convient de distinguer : dans la mesure où la réalisation effective des libertés est concernée, la jurisprudence de la CJCE doit être respectée ; l'ALCP vise également cet objectif de sorte que son champ d'application est ouverte et qu'une interprétation parallèle doit être admise.

Dès lors, la jurisprudence « Gravier » prévoyant que des frais d'inscription différents pour les nationaux et les étrangers sont contraires au Traité CE, est également applicable dans le cadre de l'Accord. L'art. 24 al. 4, dernière phrase de l'annexe I ALCP n'y change rien ; selon cette disposition, l'accord ne règle pas « l'accès à la formation ». Car d'après nous, l'accès à la formation se réfère aux conditions matérielles (maturité etc.) et non pas aux autres conditions ou modalités d'accès telles que des frais d'inscription.

Il est par ailleurs regrettable que le TF n'a pas examiné l'art. 2 ALCP dans une affaire concernant l'obligation d'avoir un permis C pour pouvoir acquérir de l'autorisation d'une patente pour la pêche : à notre avis, de telles exigences sont – dans le sens de la jurisprudence mentionnée – en lien avec le séjour de la personne concernée et tombent dès lors dans le champ d'application de l'accord.

Par contre, dans la mesure où la jurisprudence de la CJCE s'appuie sur le concept de la citoyenneté européenne, le champ d'application de l'ALCP n'est pas touché étant donné qu'il se limite aux libertés économiques et à la liberté d'établissement de certaines catégories de personnes, sans toutefois reprendre le concept de la citoyenneté. Par contre, dans la mesure où les droits consacrés dans l'annexe I ALCP sont concernés, la jurisprudence reste pleinement applicable, même si la CJCE fait, en plus, référence à la citoyenneté européenne²². En d'autres termes : le champ d'application de l'accord est ouvert si une personne dispose d'un droit de séjour resp. peut se prévaloir d'une des libertés fondamentales, comme p.ex. aussi les touristes dans le cadre de la libre circulation des services²³. Dès lors, la formulation « dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III » à l'art. 2 ALCP doit être interprétée

²¹ Cf. dans la jurisprudence CJCE, aff. 293/83 (Gravier), Rec. 1985, 593 ; CJCE, aff. 186/87 (Cowan), Rec. 1989, 195 ; CJCE aff. C-43/95 (Data Delecta), Rec. 1996, I-4661 ; CJCE, aff. C-274/96 (Bickel und Franz), Rec. 1998, I-7637 ; CJCE, aff. C-85/96 (Martinez Sala), Rec. 1998, I-2691 ; CJCE, aff. C-184/99 (Grzelczyk), Rec. 2001, I-6193 ; CJCE, aff. C-224/98 (d'Hoop), Rec. 2002, I-6191 ; CJCE, aff. C-148/02 (Garcia Avello/Belgien), Rec. 2003, I-11614 ; cf. aussi CJCE, aff. C-413/99 (Baumbast), Rec. 2002, I-7091. Par rapport à la problématique cf. p.ex. *Klaus-Dieter Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2057 ss. ; *Anastasia Iliopoulou/Helen Toner*, A new approach to discrimination against free movers? D'Hoop v Office National de l'Emploi, ELR 2003, S. 389 ss. ; très critique *Kay Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185 ss. ; *Kay Hailbronner*, Diskriminierungsverbot, Unionsbürgerschaft und gleicher Zugang zu Sozialleistungen, ZaöRV 2004, 603 ss.

²² Cf. CJCE aff. C-414/99 (Baumbast), Rec. 2002, I-(17.9.2002). Cet arrêt a toutefois été rendu après la signature de l'ALCP.

²³ Cf. p.ex. CJCE, aff. C-45/93 (Commission/Espagne), Rec. 1994, I-911, ch. 9 f. ; CJCE, aff. C-388/01 (Commission/Italie), Rec. 2003, I-721, ch. 12, 28.

dans ce sens que l'art. 2 ALCP interdit toutes les discriminations qui entravent aussi indirectement la réalisation des droits garantis dans l'accord. Ainsi, il est suffisant que la personne se trouve de manière licite en exerçant les droits conférés par l'accord sur le territoire pour que le champ d'application de l'accord soit ouvert. Ainsi, aussi des réglementations concernant la sécurité sociale ou le droit déterminant pour le nom de famille peuvent tomber dans le champ d'application de l'accord²⁴; l'arrière-fond ne serait en cas pas l'exercice du droit de la libre circulation des citoyens européens mais l'exercice des droits conférés par l'accord.

3. *Le développement de la jurisprudence et du droit*

L'accord a été conclu en prenant pour base un état bien défini de la jurisprudence et de la législation ; la date de référence est en principe celle de la signature. Dès lors, la question se pose de savoir comment tenir compte de l'évolution – qui aura et a forcément lieu – tant de la jurisprudence que de la législation. Ce problème est l'objet des articles 16 § 2, 17 ALCP.

- Concernant l'évolution de la jurisprudence, l'art. 16 § 2 ALCP distingue entre la jurisprudence antérieure à la signature de l'accord et celle intervenue après cette signature. En ce qui concerne la première catégorie, les Parties Contractantes sont dans l'obligation de tenir compte de cette jurisprudence, en d'autres termes d'interpréter les notions pertinentes de l'ALCP en accord avec la jurisprudence. Pour la deuxième catégorie, l'accord prévoit une obligation d'informer la Suisse, et le Comité mixte devra déterminer les conséquences de cette jurisprudence.

Cette disposition soulève plusieurs questions dont nous mentionnons seulement trois :

- Premièrement, relevons que la distinction entre la jurisprudence antérieure et postérieure à la signature de l'accord est certainement dans la logique de l'accord, étant donné que l'on ne voulait justement pas que la Suisse doive se conformer à des obligations ne figurant pas dans l'accord et impliquant la perte de son autonomie de décision. Mais, il n'est pas du tout certain que cette distinction puisse se faire très facilement dans la pratique : car, très souvent – et par la nature des choses – la jurisprudence revête un caractère évolutif et il sera dans la plupart des cas très difficile de déterminer exactement à partir de quel moment une jurisprudence est vraiment « nouvelle » et qu'il ne s'agit plus d'une concrétisation ou d'une application d'une jurisprudence déjà existante²⁵. Les divergences en la matière devront probablement être réglées au sein du Comité mixte.

²⁴ Cf. CJCE, aff. C-148/02, Rec. 2003, I-11613 (Garcia Avello); CJCE, aff. C-184/99, Rec. 2001, I-6193, ch. 34 ss. (Grzelczyk).

²⁵ Cf. à ce sujet les critères développés dans *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85 ss.

- Deuxièmement, les conséquences d'une nouvelle jurisprudence – si on a constaté une – ne sont pas précisées ; le Comité mixte est libre dans son appréciation. Par ailleurs, l'art. 16 § 2 ALCP laisse dans l'ombre l'étendue des compétences du Comité mixte. Il se pose notamment la question de savoir si le Comité mixte a la compétence de décider que les Parties Contractantes, notamment la Suisse, sont obligés de suivre un certain développement de la jurisprudence. Cette compétence équivaldrait à une compétence de modification de l'accord. Puisque les compétences du Comité mixte sont formulées de manière assez large et que le Comité mixte a déjà la compétence de modifier les annexes II et III ALCP, il semblerait qu'une telle compétence du Comité mixte serait dans la logique de l'Accord et du rôle du Comité mixte, la « reconnaissance » d'un développement jurisprudentiel étant comparable au développement des annexes II et III²⁶.
- Enfin, il convient de se poser la question de savoir dans quelle mesure l'on peut déduire de l'accord une obligation de respecter aussi la jurisprudence de la CJCE ultérieure à la signature de l'accord. D'après nous, l'on peut déduire – sur la base de l'interprétation de l'accord d'après son objectif (art. 31 ss. de la Convention de Vienne)²⁷ – une « obligation de principe » de suivre la jurisprudence ultérieure dans les domaines couverts par l'accord. Car l'objectif même de l'accord d'assurer aussi à long terme un parallélisme des droits ne saurait être atteint sans une interprétation parallèle des garanties de l'accord resp. du droit communautaire en Suisse et dans l'UE. Dès lors, l'on peut déduire de l'objectif de l'accord d'assurer un parallélisme du droit une obligation de principe – qui n'est altérée que dans la mesure où il ressort clairement de l'accord qu'une certaine jurisprudence ne respecte pas ses caractéristiques – d'appliquer aussi la jurisprudence postérieure à la signature de l'accord²⁸. Il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral semble suivre cette approche dans les faits sans pour autant partir explicitement d'un principe tel que formulé ici ; il mentionne même qu'en principe il n'est pas lié par la jurisprudence postérieure²⁹. Ainsi, il reprend en fait la jurisprudence de la CJCE sans la discuter dans le détail mais en se contentant d'affirmer qu'il n'y a pas de raisons d'interpréter différemment l'accord que les dispositions correspondantes du droit communautaire³⁰.

²⁶ Cf. avec plus de précisions *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 (22 s.).

²⁷ Cf. ci-dessus III.1.

²⁸ Cf. plus en détail *Epiney*, ZBJV 2005 (note 26), 1 (23 ss.).

²⁹ Cf. TF, 2A.94/2004, arrêt du 6 août 2004, consid. 4.2. TF, arrêt du 4 novembre 2003, 2A.91/2003, ATF 1300 II 1, 3.6.1.

³⁰ Cf. TF, arrêt du 4 novembre 2003, 2A.91/2003, ATF 1300 II 1. Confirmé par TF, arrêt du 16 janvier 2004, 2A.457/2003, ATF 130 II 137. Le TF suit ici CJCE, aff. C-109/01 (Akrich), arrêt du 23 septembre 2003. Cf. plus en détail *Epiney*, ZBJV 2005 (note 26), 1 (27 ss.).

- Le Comité mixte dispose également d'une certaine liberté d'action dans le cadre de l'art. 17 ALCP qui prévoit un échange de vue en cas de modification de la législation d'une des Parties Contractantes ou en cas de changement de jurisprudence des tribunaux de dernière instance. Si une modification de l'accord resp. de ses annexes s'avère nécessaire, elle doit pourtant se faire conformément aux « procédures classiques » en matière de conventions internationales, à l'exception des modifications des annexes II et III qui peuvent être opérées par le Comité mixte lui-même. Pour le reste, le Comité mixte est limité à proposer des modifications.

En ce qui concerne le parallélisme de la jurisprudence nationale suisse et communautaire, des divergences peuvent ne pas seulement survenir lorsque la CJCE change de jurisprudence ou lorsque le Tribunal fédéral (des assurances) veut s'écarter de la jurisprudence de la CJCE ; mais, il est possible voir probable que le Tribunal fédéral (des assurances) soit amené à répondre à une question d'interprétation d'une disposition de l'accord, resp. des dispositions nationales garantissant l'équivalence de législations, avant que la CJCE ait eu l'occasion de prendre position. Dans cette situation, il n'est même pas possible de tenir compte de la jurisprudence de la CJCE pas (encore) existante, et il n'est pas certain que la CJCE prenne une décision parallèle, lorsqu'une question similaire lui sera posée.

IV. Conclusion

Dans l'ensemble, les dispositions concernant le développement du droit et de la jurisprudence restent parfois très peu claires quant aux conditions de leur application et confèrent pour le surplus la compétence de résolution de conflits au Comité mixte sans toutefois donner d'indications sur la manière dont il faudrait résoudre tel ou tel problème de parallélisme de la jurisprudence et du droit. Ainsi, le cadre juridique de l'accord sur la libre circulation des personnes ne permet pas d'affirmer que le parallélisme du développement du droit puisse effectivement être atteint ; de ce point de vue, nous ne nous trouvons pas face à un « accord d'intégration » dans le sens que l'on envisagerait une réelle reprise du droit communautaire existant et futur dans des domaines précis. Ceci vaut surtout pour l'évolution de la jurisprudence et du droit mais aussi pour la « reprise » du droit originaire. Cette caractéristique de l'accord ne manquera pas de soulever des questions juridiques complexes dont quelques-unes ont été esquissées ici à titre d'exemple.

D'un autre côté, une analyse approfondie de l'accord conduit à la conclusion que cette vision plutôt « formelle » de l'accord doit être tempérée : en fait, l'accord vise – sur la base des principes d'interprétation découlant du droit international public – une réelle participation de la Suisse à l'acquis communautaire concerné. Dès lors, une « interprétation parallèle » dans le

sens développé ci-dessus semble s'imposer. Vu sous cet angle, l'accord est tout de même un traité d'intégration dont l'importance ne saurait être sous-estimée.

Ceci dit, la disparité entre la construction juridique et les objectifs de l'accord reste et soulève – comme démontré – des questions juridiques difficiles lors de l'application de l'accord. On peut dès lors se poser la question de savoir si l'insécurité juridique qui en résultera peut effectivement être acceptée à long terme ou s'il ne faudrait pas songer à d'autres solutions. Quoi qu'il en soit, les accords sectoriels ont démontré une fois de plus qu'une intégration substantielle dans une partie de l'acquis communautaire soulève des questions institutionnelles difficiles pour lesquelles des réponses vraiment satisfaisantes paraissent presque impossibles à trouver. La question est alors de savoir si une telle intégration peut effectivement se faire à long terme en dehors du cadre institutionnel de l'Union Européenne.